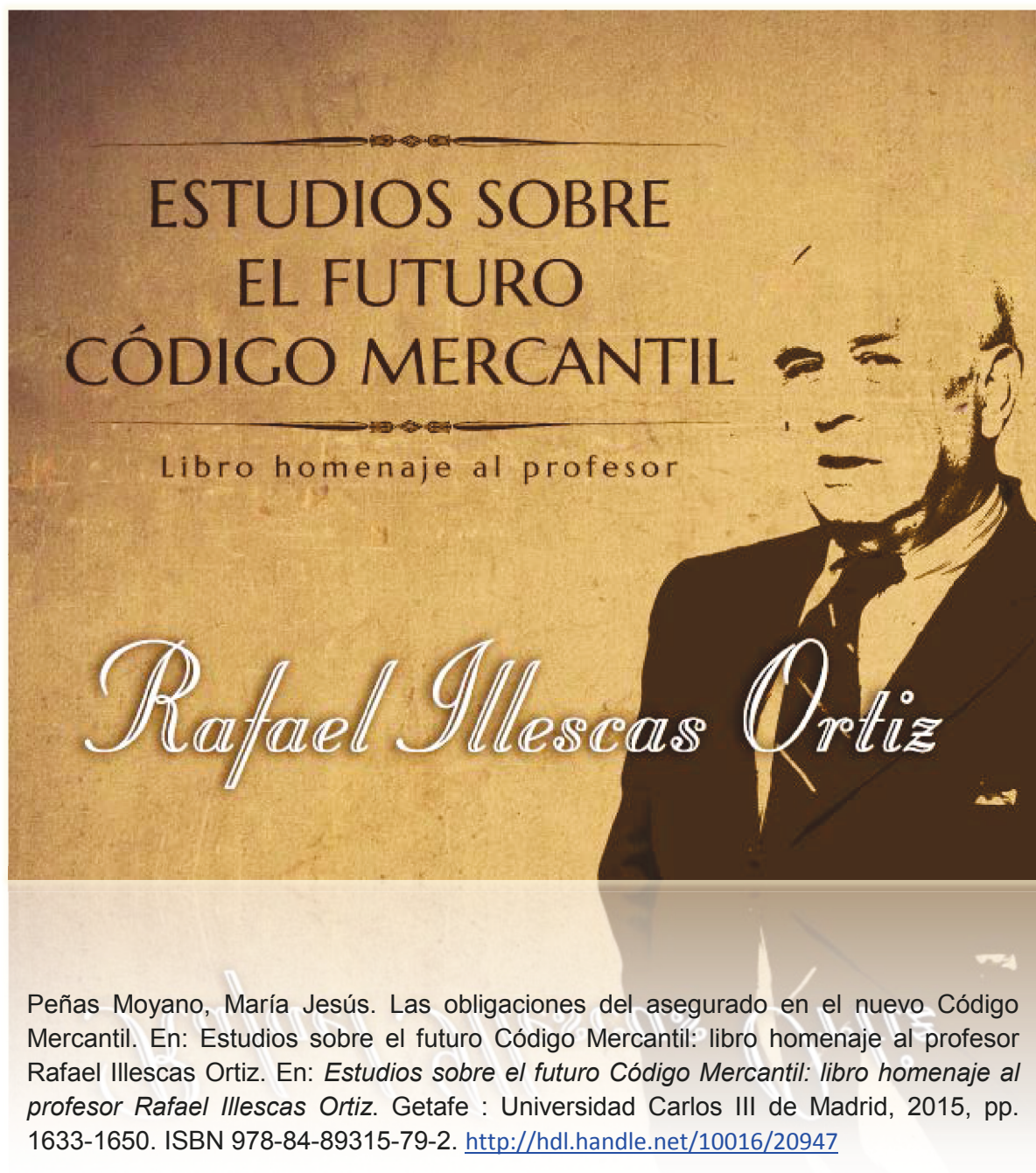




Universidad
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional



Peñas Moyano, María Jesús. Las obligaciones del asegurado en el nuevo Código Mercantil. En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1633-1650. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/20947>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LAS OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR EN EL NUEVO CÓDIGO MERCANTIL

MARÍA JESÚS PEÑAS MOYANO*

Resumen

La elaboración de una propuesta de Código Mercantil, ha supuesto una importantísima reordenación de las materias que conforman esta disciplina, labor que continua en el Anteproyecto de Ley y que en su tramitación contemplará seguramente modificaciones. El Derecho del seguro ha participado también de este afán lo se ha puesto de manifiesto en diversos contenidos entre los que destacamos el referido a las obligaciones que corresponden al asegurador en un contrato de seguro. Sin embargo, pretendemos hacer referencia no solo a lo recogido en el texto, sino también a ciertos aspectos que se echan en falta en ella y que consideramos que tendrían que haberse introducido aprovechando la ocasión, aunque aún hay tiempo para ello.

Contenido

1. Introducción. – 2. Obligaciones del asegurador reguladas en el texto. – 2.1. El pago de la indemnización y el anticipo a cuenta. – 2.2. Los intereses moratorios. – 3. Obligaciones de recomendable incorporación. – 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Tras la propuesta de Código Mercantil presentada el 20 de junio de 2013 se ha llegado ya a la fase de Anteproyecto de Ley del Código Mercantil con fecha de 30 de mayo de 2014, determinado la apertura de la fase preceptiva de informes a los diversos órganos consultivos. Tras estos informes y una vez que se incorporen las aportaciones y observaciones recibidas, se deberá presentar para su aprobación como proyecto de Ley siguiendo el correspondiente y posterior procedimiento legislativo, salvo que de nuevo esta iniciativa sufra un abandono.

En la fase actual de Anteproyecto, el texto continúa estructurado en siete libros y una numeración de sus artículos (1727 en total) tomada del legislador francés (libro-título-capítulo) para facilitar futuras modificaciones o incorporaciones, pero que denota en todo caso su considerable extensión. Es una iniciativa legal que se presenta como completa desde un punto de vista material ya que pretende contemplar todo el Derecho mercantil sustantivo, tradicionalmente disperso y con la intención ahora de dar un tratamiento legal a contratos atípicos, si bien es cierto que ha habido eliminaciones en el paso de la propuesta al Anteproyecto, en concreto, los preceptos relativos a los contratos

* Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid.

de distribución, y también en un materia más cercana a nuestro objeto de tratamiento como es la relativa a la mediación en la contratación de seguros. En esta fase, su inclusión en el Anteproyecto se limita a las respectivas nociones de contrato de agencia de seguros y contrato de correduría de seguros, quedando remitido su régimen a la legislación específica que queda vigente en su totalidad, pues ya no se derogan los artículos 10, 11 y 36 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados. Se ahonda, en todo caso, en la idea de una necesaria y clara distinción respecto a las normas de ordenación y supervisión, de gran importancia en el sector asegurador.¹

Por su parte, con esta iniciativa se ha procedido a *recodificar* la regulación del contrato de seguro al haberlo estado ya en el todavía vigente Cco y hasta la aprobación del Ley 50/1980, de 8 de octubre, quedando ubicada en el título IX de su libro V. De la pertinencia o no de la incorporación de la regulación del contrato de seguro, una vez presentados los textos y renunciado a plantear consideraciones sobre su oportunidad y significado², creemos que no existen dudas acerca de la misma, pues además y en esta línea hace tiempo que la Comisión General de Codificación tenía preparado un texto para ser integrado en la propuesta de Código Mercantil.³ Otra cuestión es cómo se ha procedido a realizarla ya que, en principio, podrían considerarse realmente exageradas las palabras de la exposición de motivos de la propuesta que ha procedido a reiterarse en el Anteproyecto⁴ al afirmar el carácter novedoso de la regulación del contrato de seguro, ya que como se ha señalado,⁵ no puede decirse que este objetivo se haya logrado.

Sin embargo, sí hay algunas señas de identidad del contrato de seguro que de seguir adelante esta iniciativa van a cambiar convirtiéndose en determinantes a la hora de su configuración. Nos referimos, en primer lugar, a su renovado carácter mercantil⁶, de modo que al contrato de seguro se le van a aplicar las disposiciones generales sobre

¹ Vid., TAPIA HERMIDA, “Los contratos de seguro y de mediación de seguros en la Propuesta de Código Mercantil”, *RDM*, núm. 292, abril-junio, 2014, p. 27.

² No hay unidad lógicamente en las diversas, y muchas ya, opiniones que se han manifestado, a favor y en contra de la oportunidad de sacar adelante este proyecto, que debe suscitar en todo caso una reposada reflexión. Vid., al respecto y entre otros, TENA, R., “Un Código nuevo en odres viejos”, *RDM*, octubre-diciembre, núm. 290, 2013, pp. 69 y ss., quien entra a valorar el impacto y los costes, también jurisprudenciales, que supondría una modificación normativa de este calado además de los problemas que tendría su implantación en un contexto normativo como el que existe en nuestro país.

³ Vid, BATALLER GRAU, J., “La reforma de la Ley de Contrato de Seguro” *RDM*, enero-marzo, núm. 279, 2011, p. 205.

⁴ “Y la regulación de materias que ya eran objeto de disposiciones legales, introduce cambios de tal naturaleza que se trata realmente de una normativa nueva en su conjunto. Así puede apreciarse en la regulación de la compraventa o en los contratos de depósito, de seguro o de transporte”, p. 43 de la exposición de motivos de la propuesta y p. 18 de la exposición del Anteproyecto. No es esta, sin embargo, la opinión de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “La propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación”, *RDM*, núm. 288, 2013, p. 41, quien habla de simple revisión del régimen anterior que se aprecia en los contratos de agencia, transporte y seguro.

⁵ Así, MUÑOZ PAREDES, M^a L., “El contrato de seguro en la propuesta de Código Mercantil”, *RES*, núm. 155, 213, pp. 337 y ss.

⁶ A una naturaleza inequívocamente mercantil se refieren también las exposiciones de motivos de ambos textos (pp. 96 y 63, respectivamente).

los contratos mercantiles contempladas en los libros IV y V⁷. Hay que tener también en cuenta, en segundo lugar, el que el legislador ya ha superado la necesidad existente en 1980 de regular la tutela del contratante débil estableciendo un régimen especial para las condiciones generales que se utilizan en el contrato de seguro, labor que ya se encuentra realizada por otras normas que son las que van a resultar de aplicación. Y junto a ello, se introduce con normalidad, atendiendo a una situación que se va a convertir en más que habitual en la práctica, la celebración electrónica del contrato y la inclusión de la firma electrónica en el carácter escrito del contrato, en una muestra de lo que pretende ser innovar en el ámbito de las relaciones patrimoniales, dada la ineludible necesidad de actualización de muchas de las normas por las que se rigen.

Pero refiriéndonos y a expresamente al régimen jurídico concreto que se recoge en los artículos dedicados al contrato de seguro, se trata más bien, y en muchas ocasiones, de cambios de naturaleza formal junto con otras modificaciones que tal vez puedan alcanzar un mayor calado pues ya hay versiones trabajadas que se podrían tener en cuenta como algunas de las mejoras, particularmente interesantes, que sí se acogieron en el Anteproyecto de LCS en el que se estuvo trabajando hasta el 2011⁸ y que sin embargo no se han recogido en el texto.

En todo caso, y considerando que estamos ante un momento reformador, no debería olvidarse que cualquier proyecto de reforma que se vaya a realizar de la normativa reguladora del contrato de seguro debería tener en cuenta los trabajos que se están acometiendo en el ámbito de la Unión Europea, en concreto, el borrador en el que se contemplan los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro, y que están llamados a incorporarse al futuro corpus de Derecho contractual europeo.⁹ En tales Principios, que resultan aplicables a todo tipo de contrato de seguro con excepción del

⁷ Libros muy criticados por un sector civilista alegando entre otras razones su carácter extemporáneo, contrario a las tendencias uniformes del Derecho europeo de los contratos además de realizar otros comentarios como su falta de rigor tanto científico como institucional. Así, GARCÍA RUBIO, M^a P., “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos en la Propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho Civil*, vol 1, núm. 1, enero-marzo 2014, pp. 7 y ss. Para un tratamiento más literal de esta parte del Código Mercantil, vid., VÉRGEZ, M., “La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en la <<Propuesta de Código Mercantil>>”, *RDM*, núm. 292, abril-junio, 2014, pp. 11 y ss.

⁸ Pueden consultarse al respecto, y entre otros, el monográfico de la RES sobre el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, núms. 148-149, 2010, pp. 7 y ss.; BATALLER GRAU, “La reforma de la Ley...”, cit., pp. 203 y ss; TAPIA HERMIDA, A.J., “La reforma de la Ley de Contrato de Seguro y la nueva Ley de Supervisión de los Seguros Privados”, en VV. AA., *Estudio sobre el sector asegurador en España: los aspectos cualitativos de Solvencia II*, Papeles de la Fundación de Estudios Financieros, núm. 38, Pilar Blanco-Morales Limones y Montserrat Guillén Estany, (dirs), Inmaculada Domínguez Fabián (coord), Madrid, 2010, pp. 87 y ss y de forma particular sobre el tema que se trata, ILLESCAS RUS, A. V., “Notas sobre el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro: el pago de la indemnización y los intereses moratorios”, *RES*, núm. 147, 2011, pp. 581 y ss.

⁹ Vid., al respecto, QUINTÁNS EIRAS, M^a R., “El contrato de seguro en el proyecto de armonización del Derecho contractual europeo”, *RDM*, n^o 290, octubre-diciembre, 2013, pp. 293 y ss. Este ámbito del Derecho contractual europeo ha recibido un nuevo impulso a raíz de la Decisión de la Comisión Europea de 17 de enero de 2013 por la que se crea un grupo de expertos sobre el Derecho Europeo del Contrato de Seguro, que queda encargado del estudio en profundidad de la situación del sector asegurador a efectos de poner en situación las diferencias entre las normativas de seguros de los distintos Estados y lograr así un análisis de los obstáculos que esta fragmentación normativa general para el comercio transfronterizo de productos de seguro.

reaseguro, sí quedan detallados una serie de deberes tanto precontractuales como contractuales para el asegurador que tienen como base la información a prestar y que van a estar dirigidos en última instancia a la protección del asegurado, si bien es cierto que la creación de esta norma europea para el contrato de seguro sería finalmente de aplicación opcional o facultativa, añadida por tanto a los Derechos contractuales europeos, por las mayores facilidades que permitiría a su aplicación. Ello implicaría, claro está, la existencia de un acuerdo previo entre las partes del contrato de seguro de tal modo que una vez seleccionados estos principios como marco normativo de un contrato se convertirían en imperativos.

2. OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR REGULADAS EN EL TEXTO

Con carácter general hay que señalar que nada se añade o varía respecto a la consideración del siniestro como acontecimiento determinante del nacimiento de las obligaciones del asegurador, aunque nuestro objetivo es hacer referencia también a las que se pueden denominar como obligaciones precontractuales. Y hay que seguir teniendo en cuenta el peculiar carácter de la relación aseguradora en la que no solo hay por parte del asegurado una concesión de crédito al asegurador, sino que surge un elemento aleatorio en relación al cumplimiento por éste de su obligación fundamental como es el caso del pago de la indemnización, renta o capital, en caso de que acontezca el siniestro, y por lo cual el asegurador debe prestar la correspondiente garantía a lo largo de toda la duración del contrato de seguro de que indemnizará en lo que le corresponda dentro de los límites pactados. A pesar de ello, no se deja de constatar la existencia de un cierto desequilibrio en el debate contractual entre aseguradores y asegurados, y por ello también las relaciones que tienen lugar según el procedimiento de la adhesión deberían tender a reequilibrarse en la medida de lo posible, si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones el asegurado será ajeno en mayor o menor medida al conocimiento de las cuestiones relativas a la técnica aseguradora.

El artículo 581-17 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil lleva por título, precisamente, “[O]bligaciones del asegurador”. Si bien es cierto que se utiliza el plural, también lo es que este conjunto de obligaciones giran todas ellas en torno a la que se puede considerar como la principal obligación de las entidades aseguradoras derivada de un contrato válidamente celebrado: el pago de la indemnización. De este modo, se acompañan comportamientos previos al pago y otros que pueden calificarse de naturaleza posterior.

Como primera aproximación puede señalarse que son escasos los cambios a destacar en relación a la LCS y menos aún en el texto de este Anteproyecto respecto a los que se contemplaron en la Propuesta que seguía en mayor medida el Anteproyecto de LCS. Continúa estableciéndose en primer lugar (artículo 581-17.1) la exigencia para el asegurador, desde el momento en que conozca por cualquier medio la existencia del siniestro, de una conducta diligente en la cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización, desglosando los cálculos realizados y los criterios utilizados para su cuantificación. Se trata, por tanto, de dar una respuesta lo más satisfactoria posible y

rápida al asegurado, al beneficiario e incluso al perjudicado, facilitando la información en que se concrete y justificando además las razones en las que se base en el supuesto de no atender la petición de indemnización, todo ello con el objetivo de lograr el mayor número de acuerdos amistosos entre entidades y asegurados y reducir la litigiosidad en el sector.

Esta exigencia que se impone por el legislador a las entidades aseguradoras para que desplieguen una conducta diligente deberá estar presente en todo caso, y aunque no se aparece expresamente recogido en el texto –si bien, puede deducirse del conocimiento por cualquier medio de la existencia del siniestro, a diferencia del deber de indemnizar que reclama la recepción de la declaración del siniestro–, debería tener lugar haya mediado o no una reclamación previa por parte del asegurado o de quien corresponda, lo que significa que también se incluiría la iniciativa del asegurador, quien debería ofrecer al asegurado propuestas de indemnización y, en su caso, de negociación.

En la mayor parte de las ocasiones, sin embargo, el asegurador actuará tras la comunicación que haya tenido lugar del siniestro acaecido y la reclamación realizada por el asegurado en atención a las consecuencias que hayan tenido lugar. En este caso, la conducta diligente del asegurador deberá completar la reclamación realizada con todos aquellos aspectos que no se hayan incluido y que deberían estar presentes para conformar de modo adecuado el proceso que ha de tener lugar.¹⁰

2.1. El pago de la indemnización

En relación a la que constituye su principal obligación –regulada en el artículo 18 de la LCS– se establece en el artículo 581-17.2 del Anteproyecto que el asegurador debe satisfacer, como consecuencia de la cobertura del riesgo descrito en el contrato, la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro, así como el importe de los daños que de él resulten. En consecuencia, el origen de la existencia de la obligación del asegurador se sitúa en la producción del siniestro como evento dañoso y cuyo riesgo es objeto de cobertura, y que posteriormente debe ser verificado por el asegurador al objeto de fijar la cuantía o el importe del daño. Es a partir de este momento cuando el asegurado, como acreedor, puede exigir la entrega de la prestación al asegurador, como deuda ya líquida al estar vencida la obligación, presuponiendo, claro está, la existencia de un conjunto de presupuestos entre los que destacamos un contrato de seguro válido y eficazmente celebrado y cuya cobertura no se encuentre en suspenso¹¹, y, por supuesto, el cumplimiento por el asegurado de las obligaciones que les corresponden, destacando un comportamiento ajeno al dolo en todas las fases del contrato. A estos requisitos debe añadirse la inexistencia de hechos impositivos o extintivos de la obligación del

¹⁰ ILLESCAS RUS, A.V., “Notas sobre el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro: el pago de la indemnización y los intereses moratorios”, *RES*, núm. 147, 2011, pp. 589 y 590.

¹¹ BATALLER GRAU, J., “Artículo 18. La obligación del asegurador de cumplir la prestación comprometida tras el acaecimiento del siniestro”, en AA VV, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, [BOQUERA, J., BATALLER, J., OLAVARRÍA, J. (coords)], Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 266.

asegurador.¹² En todo caso, hay que tener en cuenta que la obligación del asegurador no surge inmediatamente tras la producción del siniestro, sino que el legislador el otorga un plazo para realizar las averiguaciones y comprobaciones que resulten pertinentes, sin permitir en ningún caso que puedan darse demoras injustificadas en el cumplimiento de esta su principal obligación.¹³

Pues bien, en este sentido, se ha procedido a eliminar del texto del Anteproyecto la exigencia que sí recogía la propuesta de Código Mercantil, como también lo hacía el Anteproyecto de LCS, de presentar en el plazo de dos meses siguientes a la recepción de la comunicación del siniestro, una *oferta o propuesta motivada de indemnización*,¹⁴ renunciando a extender a todo tipo de seguros este sistema no exento, por otro lado, de correspondiente polémica¹⁵ bien por su falta de relevancia en algunos ramos concretos, como sucede en decesos, o bien por la imposibilidad de llevarlo a la práctica con carácter general en otros ramos, como sucede en el seguro de responsabilidad civil.

¹² Vid., SÁNCHEZ CALERO, F., AA VV, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Sánchez Calero (dir), Cizur Menor, (Navarra), tercera edición, Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 338 y ss.

¹³ BATALLER GRAU, “Artículo 18...”, cit., p. 266. Al asegurador “[S]e le concede así un tiempo para que decida si debe *-an debeatur-* y en aquellos seguros en que la prestación del asegurador no esté predeterminada en el contrato, para cuantificar su prestación *-quantum-*.”

¹⁴ Sistema que se encontraba en la línea de lo establecido para el seguro obligatorio del automóvil tras la reforma que del Texto Refundido de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, llevó a cabo la Ley 21/2007, de 11 de julio, dando nueva redacción al artículo 7, aunque en este caso estableciendo un plazo de tres meses, y que tiene su origen en la Directiva 2000/26/CEE, de 16 de mayo (la llamada Cuarta Directiva), posteriormente modificada por la Directiva 2005/14/CE, de 11 de mayo (la Quinta Directiva). De este modo, se produjo la transposición del sistema de oferta de indemnización y respuesta motivada a la totalidad de las reclamaciones formuladas por los perjudicados, independientemente del lugar dónde hubiera tenido lugar el accidente y del Estado de residencia. Vid., al respecto, FERNÁNDEZ MANZANO, L.A., “Artículo 19. Obligaciones del asegurador”, monográfico de la *RES* sobre el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, núms. 143-144, 2010, pp. 603 y ss, quien destaca sobre la cuestión su importante significado para evitar que las entidades aseguradoras se limiten únicamente a dar respuestas dilatorias, así como por servir de impulso a los arreglos amistosos entre aseguradores y perjudicados con el objetivo de evitar la vía judicial. Vid., igualmente, ILLESCAS RUS, op. cit., pp. 583 y ss.

Vid., igualmente, MUÑOZ PAREDES, op. cit., pp. 355 a 357, quien realiza en su trabajo sobre el contrato de seguro en la propuesta de Código Mercantil un exhaustivo análisis del contenido de las versiones del Anteproyecto de LCS, en particular, la de 2011, sobre esta propuesta de oferta motivada, mencionando en concreto la previsión de su doble régimen, por un lado, para el seguro general que es el que aquí se menciona y, por otro, para el seguro de daños en particular, respecto a la cual ya ponía de manifiesto que la previsión, en el caso de que el sistema hubiera seguido adelante, de la aplicación residual del régimen general, existiendo un régimen especial para los seguros de daños. Señala además cómo se ha producido una simplificación del sistema en la propuesta de Código Mercantil al eliminarse una disposición que sí aparecía en el Anteproyecto de LCS de 2011 según la cual el asegurado, el beneficiario o el perjudicado podrían reclamar directamente frente al asegurador en el supuesto de que la conducta desplegada en la cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización no fuera lo suficientemente diligente de acuerdo con lo establecido en este apartado. Sin embargo, también destaca MUÑOZ PAREDES que la desaparición de esta precisión resulta lógica por innecesaria, ya que esta reclamación podría realizarse dentro de la fundamental que es la propia de declaración del siniestro por parte del asegurado.

¹⁵ Los motivos del rechazo a la oferta motivada por parte del sector asegurador pueden consultarse en FERNÁNDEZ MANZANO, op. cit., p. 607, crítico también con la introducción de este sistema señalado y en consecuencia favorable a su supresión, vid., pp. 608 a 611. Destacamos, entre tales motivos la circunstancia de que ninguna de las recientes Leyes de Contrato de Seguro promulgadas en los países de nuestro entorno ha acogido en su articulado la posibilidad mencionada.

Además, la incorporación de la propuesta motivada conllevaba como consecuencia la supresión del procedimiento pericial, que a resultas de los cambios operados ha vuelto a aparecer regulado en el artículo 582-14 del Anteproyecto. La citada supresión que ya había sido prevista por el Anteproyecto de LCS había sido criticada por la doctrina¹⁶ por eliminar un procedimiento que se había demostrado muy eficaz en la práctica y que choca por contradecirlas con las proclamas de fomento de los arreglos amistosos y la reducción de la litigiosidad.

En este intento de introducir la propuesta motivada, el plazo de dos meses también había sido objeto de las correspondientes críticas, bien por considerarlo excesivo en gran número de ocasiones, como por todo lo contrario, y así resultar insuficiente en otros casos en los que la magnitud y la complejidad de los riesgos asumidos y, en consecuencia, de los daños producidos, como sucedería en muchos casos en materia de responsabilidad civil y ya no digamos en riesgos industriales, reclamarían mucho más tiempo para poder realizar los estudios y comprobaciones oportunos. En todo caso, esta propuesta de oferta motivada cuando estaba contemplada debía contener de forma detallada los documentos e informes de los que se dispusiera y se debían identificar aquellos que hubieran servido de base para cuantificar la propuesta de indemnización. Y también, en el mismo plazo de los dos meses que se habían previsto, el asegurador debería, según la propuesta, dar una respuesta motivada en todos aquellos casos en los que se considerase que la reclamación del asegurado no podía prosperar.

El texto del Anteproyecto ha establecido cambios en este apartado respecto al régimen recogido en la Propuesta, aunque en realidad puede decirse que se regresa al sistema tradicionalmente recogido en la LCS. Y así, se reafirma en un contenido que resulta muy cercano al del actual artículo 18 estableciendo, como ya se ha indicado, la obligación del asegurador de satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo, y en cualquier supuesto, el asegurador deberá efectuar dentro de los cuarenta días, a partir de la recepción de la declaración del siniestro, cualquiera que sea el medio por el que el asegurador tenga conocimiento del mismo, el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas si no ha finalizado la liquidación del siniestro.

Se mantiene, por tanto, este abono anticipado de la prestación cuando transcurra el citado plazo como medida de tutela efectiva del asegurado, incluso aunque todavía el asegurador no haya podido comprobar la entidad del siniestro ni, en su caso, determinar el importe de los daños que se han producido. Está claro que este anticipo no tiene razón de ser si la entidad paga rápidamente al asegurado liquidando de forma inmediata el siniestro tras su producción o hay razones suficientes para considerar que el hecho que se ha producido está fuera de la cobertura del contrato celebrado. Por el contrario, el hecho de que se obligue a realizarlo y que la compañía se haga cargo del mismo, demuestra en cierto modo que en un futuro va a hacer frente a la prestación pactada,

¹⁶ Vid., BATALLER GRAU, "La reforma..." cit., p. 211, quien considera que la supresión de este mecanismo de protección del asegurado supondría echar por tierra 30 años de éxito. Igualmente, FERNÁNDEZ MANZANO, op. cit., p. 211.

pero que aún se desconoce a cuánto asciende su cuantía.¹⁷ En todo caso, este anticipo forma parte de la obligación que le corresponde al asegurador, no es una obligación diferente, sino un abono líquido y anticipado que libera a la entidad en lo ya entregado.

Lo que sigue sin solucionarse manteniendo el problema interpretativo en el Anteproyecto es la cuantía que el asegurador se encuentra obligado a anticipar ya que de la expresión utilizada, el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber según las circunstancias por él conocidas, no permite deducir el importe que el asegurador debe abonar. Lo que debe quedar claro es que no puede haber hueco para la arbitrariedad en la concreción de esta cantidad, sino que deben utilizarse parámetros como los términos del contrato celebrado, los datos suministrados por el asegurado e incluso también uno de carácter tan universal como la buena fe contractual.¹⁸ Además, si la deuda está ya completamente determina lo que procede es solicitar la totalidad al asegurador y si no lo está y hay problemas al respecto habrá que acudir a algún sistema de resolución de controversias.

Sí encontramos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil algunas pequeñas novedades en relación a la justificación del importe a entregar, que obligará a la entidad aseguradora a aportar la valoración de la indemnización y a desglosar los cálculos realizados y los criterios utilizados para su cuantificación. Se añade igualmente una cuestión que resulta de particular importancia para la protección del asegurado y es que el pago de dicho importe no se condicionará a la renuncia por el asegurado, beneficiario o perjudicado del ejercicio de futuras acciones en caso de que la indemnización percibida fuera inferior al derecho que pudiera corresponderle.

Esta medida prevista para la protección del asegurado ya aparecía recogida en el Anteproyecto de LCS y de nuevo se trae al Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. Con ella se pretende que el asegurador no haga prevalecer su posición para obligar al asegurado a aceptar una indemnización que posteriormente puede probarse que no es la que corresponde al siniestro que se ha producido y que en caso de renuncia impediría reclamar judicialmente la cuantía correspondiente conforme al siniestro que se ha producido.

También se establece en el precepto que dentro del plazo de los cuarenta días – dos meses en la Propuesta- el asegurador deberá en caso de rechazo del siniestro, dar una respuesta al asegurado, beneficiario o perjudicado, facilitando la información en que se concreten y justifiquen las razones en las que se basa para no atender la petición de indemnización, no siendo suficiente, pues, una mera exteriorización de la voluntad denegatoria ni tampoco la utilización de expresiones de estilo o cláusulas estereotipadas, sino que debe ceñirse a la explicación de la negativa al caso concreto. Por tanto, aunque se ha eliminado en el Anteproyecto la oferta de indemnización a realizar por el asegurador en caso de reclamación por el asegurado, se mantiene la necesidad de dar en todo caso una respuesta del porqué del rechazo del siniestro y de la

¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., *Ley de Contrato de Seguro... op. cit.*, pp. 339,342 y 345 a 348. Se destacan, claro está, las diferentes situaciones que pueden darse en función del tipo de seguro de que se trate, no siendo procedente en algunas modalidades. Igualmente se señala que habrá ocasiones en las que corresponderá al asegurador devolver parte o la totalidad de esta cantidad anticipada que ha recibido según las circunstancias concretas que tengan lugar.

¹⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., *Ley de Contrato de Seguro... op. cit.*, p. 347.

no atención a la petición de indemnización, teniendo en cuenta que esta respuesta negativa no es determinante para el no devengo de los intereses de demora correspondientes, pues finalmente ha de ser el órgano judicial el que determine si el razonamiento esgrimido por el asegurador es o no suficiente para justificar su respuesta negativa.¹⁹

En otra línea, y como obligaciones de naturaleza posterior al pago de la indemnización, se puede situar la circunstancia atendiendo a la cual cuando la naturaleza del seguro lo permita, y el asegurado además lo consienta, la entidad aseguradora podrá sustituir el pago de la indemnización por la correspondiente reparación o reposición del objeto siniestrado, de forma semejante a como se recogía ya en la propuesta, quedando admitidas expresamente las prestaciones in natura. Así, si bien es cierto que normalmente la prestación del asegurador se realiza en dinero o medio equivalente, si fuera posible no hay porqué descartar una naturaleza diversa a la dineraria si fuera posible, incluso se deberían incentivar las prestaciones en especie o in natura, siempre con la aquiescencia del asegurado, porque además se ajustan de un modo más adecuado a la naturaleza del seguro al no propiciar la provocación del siniestro.

Como ya se ha venido señalando, el pago de la indemnización aparece en el Anteproyecto como la principal y casi única obligación del asegurador. Y también se ha preocupado de incorporar en el artículo 581-18 la “excepción al pago de la indemnización”. De tal modo que el asegurador no estará obligado al pago de la indemnización si el siniestro ha sido causado por el dolo del asegurado, mejorando sensiblemente la redacción del artículo 19 de la LCS según el cual el asegurador está obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado, lo cual no es cierto ya que el asegurador puede quedar liberado del cumplimiento de su obligación por otras causas como la ausencia de un contrato válido o la producción de situaciones que no den lugar al nacimiento de un derecho a favor del asegurado.²⁰

En el apartado 2 del artículo 581-18 se añade que, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, sí subsistirá la obligación de la entidad aseguradora de pagar la prestación si el siniestro ha sido causado por dolo de las personas de las que resulte civilmente responsable el asegurado.

El Anteproyecto, por tanto, acoge –como ya lo hiciera el Anteproyecto de LCS– la expresión *dolo*, en lugar de utilizar la expresión mala fe que puede leerse en el artículo 19 de la LCS rompiendo la uniformidad terminológica que es propia de este texto legal.²¹ Con ello se pretende, por un lado, determinar que en los siniestros en los que el asegurado, y solo el asegurado, pues no se contemplan ni al tomador ni al beneficiario, ha causado de un modo consciente y voluntario el siniestro la compañía aseguradora no tiene obligación de indemnizar por tratarse de un acto antijurídico, manteniéndose el fundamento jurídico de esta exclusión del riesgo que sigue encontrándose en el principio de respeto a la moral y al orden público y al que resulta

¹⁹ Vid., FERNÁNDEZ MANZANO, op. cit., p. 607 e ILLESCAS RUS, op. cit., pp. 597 y 598.

²⁰ SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...* op. cit., p. 349.

²¹ SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...* op. cit., p. 351.

contrario que alguien pueda quedar asegurado frente a las consecuencias dañosas de un evento provocado por él mismo. Pero, si bien se exige un acto intencional y malicioso del asegurado no es preciso constatar que este haya tenido intención de obtener una ganancia del asegurador o que haya querido provocarle un daño de modo intencionadamente. En tal supuesto, el derecho del asegurado no surge ni tampoco lo hace la obligación de la entidad. Tal exclusión impediría el nacimiento del derecho de crédito correspondiente al asegurado, circunstancia que debe ser probada por el asegurador, a quien corresponde la prueba de la conducta dolosa del asegurado y, por tanto, que el daño puede imputarse objetivamente a dicha conducta.

Por otro lado, también se persigue declarar asegurables los siniestros en los que ha intervenido culpa, no pudiendo el asegurador quedar liberado del pago de la prestación o de verla reducida en caso de culpa del asegurado, pues nada establece el precepto correspondiente a estos efectos²² y donde no parece constatarse que exista una conducta contraria a la moral o al orden público. Sin embargo, se cuestiona si podría considerarse válido que la póliza estableciese una situación según la cual se delimitase la cobertura ante la culpa del asegurado de modo que podría verse reducida la cuantía de la indemnización que se establezca ante la falta de la diligencia debida, sin llegar a la intención y la malicia, y el haber contribuido en algún modo el asegurado a la ocurrencia del siniestro e, incluso, ser excluida por acuerdo de las partes, de modo que la cobertura automática sólo tuviera lugar ante supuestos de culpa leve.²³ Consideramos, no obstante, que esta sería una interpretación bastante forzada del contenido del precepto si esta fuera la redacción que finalmente se mantiene en el texto y que permite asegurar tanto la culpa leve como la culpa grave en sentido estricto y diferencia del dolo y la mala fe, por lo que si el legislador lo que pretendiese es dar cabida a otro tipo de situaciones lo más prudente sería que las estableciese de forma expresa evitando de este modo diferentes interpretaciones que muy posiblemente acabarían en muchas ocasiones en la vía judicial teniendo en cuenta además que podríamos encontrarnos ante soluciones diferentes en función del tipo de contrato de seguro que se haya celebrado.

Igualmente se indica en el precepto mencionado que la obligación de la entidad se mantiene si no ha intervenido dolo del asegurado pero si de las personas de las que es civilmente responsable, conforme a lo previsto en el artículo 1903 del CC. Lo que se está manifestando en este caso es la culpa in eligendo o in vigilando del asegurado, supuestos que, en principio, resultan asegurables aunque también es cierto que el carácter imperativo de esta disposición debería ser susceptible de ser modulado en la

²² Circunstancia que ha motivado el correspondiente debate en la doctrina, vid., al respecto, FERNÁNDEZ MANZANO, "Comentario al artículo 20", op. cit., pp. 613 y 614. Fue el Proyecto de Bases para la reforma de la Ley de contrato de seguro de febrero de 2008, el que propuso la sustitución de la expresión mala fe por dolo, tal y como se recoge ahora en el artículo 581-18 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. Según menciona el citado autor, el motivo fundamental por el que se procedió a este cambio fue la necesidad de aclarar dos aspectos que se consideraban de gran importancia, por un lado, que los siniestros en los que ha existido dolo no pueden ser asegurables y, por otro, que en aquellos en los que ha existido culpa sí lo son, pudiéndose en este caso proceder a la modulación de la cobertura del seguro por las partes atendiendo a lo que establece el artículo 1 de la LCS en relación con el artículo 1103 del Código Civil.

²³ Vid., FERNÁNDEZ MANZANO, op. ult. cit. p. 615, pues a su juicio el comportamiento negligente reviste una especial gravedad como para dársele cobertura.

propia póliza debido a esa responsabilidad directa que corresponde al asegurado y añadir además la posibilidad de un acuerdo entre las partes, pues tal y como aparece concebido no se podría excluir la cobertura de los actos dolosos de las personas por las que el asegurado deber responder, como los empleados, por ejemplo.

Es esta, sin duda, una cuestión delicada pues si bien es cierto que el hecho doloso no ha sido cometido por el asegurado sino por un tercero, también lo es que ese tercero está bajo la vigilancia del asegurado. Se pondría entonces de manifiesto una omisión de su deber de diligencia que debería poder ser reprobada de algún modo. Es tal vez por ello por lo que aún sigue vigente la opinión de SÁNCHEZ CALERO²⁴ según la cual resulta discutible el mantenimiento del carácter imperativo de esta norma, por su carácter excesivo, resultando más adecuada la inclusión de la indicación “salvo pacto en contrario”. En todo caso, lo que resulta cierto con la disciplina vigente y también con la proyectada, el asegurador se encuentra obligado a asumir las consecuencias que se deriven de una actuación doloso o culposa de las personas por las que el asegurado es responsable si no hay ninguna delimitación causal del riesgo pactada entre las partes en la póliza²⁵.

2.2 Los intereses moratorios

El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, lógicamente, también se tiene que ocupar al regular el pago de la indemnización de un tema de gran importancia como son los intereses moratorios y así lo hace en el artículo 581-20. Es la Ley, por tanto, la que determina los motivos de su devengo como la cuantía en la que se deben abonar tales intereses que vienen a constituir una sanción ante el retraso culpable del asegurador en el cumplimiento de su obligación, tanto por lo que se refiere a la indisponibilidad de las cantidades que corresponden al asegurado como por el posible lucro cesante que ha dejado de percibir y que igualmente debe ser resarcido. Se está, en todo caso, ante la posibilidad de un cumplimiento tardío de la obligación sin entrar en otras posibilidades como la entrega por el asegurador de una prestación incorrecta o un incumplimiento definitivo, si bien es cierto que en el caso de prestaciones de naturaleza dineraria su incumplimiento, bien parcial o total, prácticamente se reduce a una cuestión de índole temporal.

Su finalidad, pues, en vinculación con el plazo que se establece para entrar en situación de mora, tres meses para aquellas entidades aseguradoras que se retrasan sin justificación –sin una causa justificada o que le fuere imputable– en el cumplimiento, es lograr una rápida compensación al asegurado por esta situación a través de una pronta liquidación del siniestro dentro de los plazos establecidos. También quedan previstos

²⁴ *Ley de Contrato de Seguro... op. cit.*, p. 364.

²⁵ Además de las cláusulas en las que puede pactarse esta exclusión de la cobertura como consecuencia de la conducta culposa del asegurado, que recibirían el tratamiento de cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, debiendo ceñirse a lo dispuesto para ellas, hay que tener también en cuenta que hay algunos seguros de daños como el de incendios y robo en los que la regla general es excluir la cobertura del asegurador los siniestros en los que haya intervenido culpa grave del asegurado, aunque admitiéndose también el pacto en contrario entre las partes. Vid., BATALLER GRAU, “Artículo 18...”, cit., pp. 282 y 283.

estos intereses en el supuesto de que el asegurador no cumpla con el pago del importe mínimo establecido por el artículo 581-17.2 del Anteproyecto al término de los tres meses señalados, siempre que no se trate de prestaciones in natura. Si no paga en el plazo de los cuarenta días y hasta ese plazo los intereses a abonar por el asegurador serán los establecidos con carácter general, sin penalización o agravación, y dejarán de computarse el día que comiencen a devengarse los correspondientes al pago total de la prestación o cuando sea pagado el importe mínimo por el asegurador.

En este ámbito, y antes de adentrarnos en el contenido concreto del precepto proyectado, hay que destacar que el principal cambio a tener en cuenta en este texto es la supresión del veinte por ciento de interés anual transcurridos dos años desde la producción del siniestro sin que el asegurado haya recibido la indemnización, en lo que debe considerarse como una mejora de la situación de las compañías aseguradoras frente a la gran masa de los asegurados, al sustituirse por el doble del interés legal del dinero, incrementado éste en un cincuenta por ciento, así como una corrección en lo que ha venido siendo considerado como una desviación respecto de la disciplina común del incumplimiento de las obligaciones, estableciendo un régimen especial al tratar de imprimir un mayor rigor en el tratamiento de la conducta incumplidora del asegurador, y que además no tenía reflejo en los Ordenamientos de nuestro entorno.

Esto significa que se mantiene desde la fecha de los tres meses y hasta el momento del pago, un interés simple en el interés legal del dinero incrementado en un cincuenta por ciento, aclarando además en el apartado 4 que también tiene derecho el tercero perjudicado que ejercite el derecho a la indemnización en el seguro de responsabilidad civil o el tomador cuando a su vez se ejercite el derecho de rescate. De este modo, el Anteproyecto señala a otros acreedores con derecho a percibir los intereses moratorios si se dan las condiciones para ello, debiendo presuponerse que siempre lo serán los tomadores, asegurados y beneficiarios, según los casos, y sin proceder a realizar distinciones entre ellos. Por tanto, se mantiene el derecho a obtener del asegurador la indemnización por mora no sólo a las personas cuyo crédito deriva del contrato de seguro, sino también al tercero perjudicado por el seguro de responsabilidad civil.²⁶

Desde un punto de vista general, se ha tratado de justificar la revisión a la baja del interés moratorio en una adecuación de la situación a lo que es la realidad del mercado financiero, lejos de las tensiones inflacionistas en las que el original artículo 20 de la LCS fue concebido, y evitando rigideces que impidan adaptarlo a cada concreta

²⁶ Por ello continua vigente la crítica que a la configuración esta materia realizaba el profesor SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro... op. cit.*, pp. 374 y 377 y 392 a 394, cuando destacaba el presupuesto equivocado del que partía al confundir los intereses compensatorios que forman parte integrante del daño por parte del tercero perjudicado por un hecho ilícito y que como tales han de computarse desde el momento en que se producen, con los intereses moratorios propiamente dichos. Ahondando en la cuestión, aporta más argumentos para considerar que debería haberse realizado un tratamiento diferenciado: en primer lugar, porque el legislador considera que el derecho del perjudicado frente al asegurador nace del contrato de seguro y no del hecho ilícito; en segundo lugar, por presuponer que todo causante de un daño está obligado a asegurar su responsabilidad; y en tercer lugar, asimilar el daño que puede sufrir todo tercer perjudicado al que padece una víctima de tráfico lo cual no tiene fundamento alguno desde un punto de vista general. En definitiva, que se establece a favor del tercer perjudicado una situación que resulta de dudosa justificación.

coyuntura económica²⁷. Además esta regulación quedaría situada en la línea de la normativa sobre contrato de seguro de los países de nuestro entorno. Y debe añadirse también a las posibles justificaciones de esta rebaja en los intereses correspondientes la finalidad de dejar a un lado posibles intenciones por parte de los asegurados de rentabilizar el retraso de las entidades aseguradoras en el pago de las indemnizaciones debidas.

En este sentido, es cierto que se produce una importantísima simplificación de la normativa existente pasándose de un artículo 20 de la LCS -que ha dado lugar a una enorme litigiosidad²⁸- con once apartados a este precepto a tener únicamente cuatro (la simplificación era aún mayor en la Propuesta, pues se contemplaban únicamente dos apartados), pero tal vez si con la redacción todavía actual se está pecando por exceso, en la prevista puede ocurrir lo contrario por defecto, al dejarse de señalar algunas cuestiones que pueden resultar de fundamental importancia para evitar situaciones conflictivas. Es por ello por lo que tal vez solo pueda hablarse de una aparente claridad. Lo que queda claro, en todo caso, es que se va a seguir hablando de dos tramos temporales y dos tipos diferenciados para cada uno de ellos con la variación señalada que supone, en principio, una rebaja al pasar del veinte por ciento al doble del interés legal del dinero, incrementado en un cincuenta por ciento, en ambos casos atendiendo a su cómputo por días.

En cuanto a la constitución en mora de la entidad aseguradora se mantiene el sistema vigente en la LCS. Ello significa que seguirá sin exigirse la intimación del acreedor al deudor, tal y como señala el artículo 1100 del Código Civil, ya que la Ley declara expresamente cuando se produce esta situación. Se mantiene también en la redacción del Anteproyecto el plazo de tres meses para que el asegurador entre en esta situación de mora, bien desde la declaración del siniestro sin que el asegurador hubiese reparado el daño o indemnizado su importe por causa no justificada o que le fuera imputable, o bien no hubiera procedido al pago o consignación del importe mínimo del siniestro conocido por el asegurador transcurridos los cuarenta días señalados por la

²⁷ Vid., DE LA CASA GARCÍA, R., *La mora del asegurador en el contrato de seguro*, Madrid, 2000, pp. 29 y 33, en relación a la anterior reforma que se produjo en la LCS con ocasión de la aprobación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, manifestando que ya entonces el establecimiento a partir de dos años de un tipo de interés del 20 por ciento, no se ajustaba a las circunstancias del momento resultando inapropiado para acomodarse a eventuales variaciones de la coyuntura económica.

²⁸ Se trata, como se sabe, de uno de los preceptos más controvertidos de la LCS que ha dado lugar a un gran número de conflictos y sus correspondientes sentencias. Esta situación se ha puesto particularmente de manifiesto en la actuación llevada a cabo por el Tribunal Supremo dictando la sentencia de 1 de marzo de 2007 para unificar doctrina y tratar de zanjar las discrepancias entre las distintas Audiencias Provinciales.

Vid., *El contrato de seguro en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1980-2012)*, Bataller Grau, Boquera Matarredona, Olavarria Iglesias (coords.), Valencia, 2013, pp. 229 y ss, en especial, p. 253.

Esta doctrina jurisprudencial será igualmente válida si finalmente se mantiene la redacción dada por el Anteproyecto homogeneizando para todo el periodo de tiempo a tener en cuenta los intereses que van a devengarse con la eliminación del incremento del veinte por ciento transcurridos los dos primeros años de la producción del siniestro. Así, la indemnización por mora consistirá, cuando transcurran esos dos años, en el pago de un interés anual igual al doble del interés legal del dinero al tipo vigente cada día que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un cincuenta por ciento.

norma. La situación, en todo caso, y conforme al régimen general de la mora no ha de impedir en modo alguno un cumplimiento tardío de la prestación por parte del asegurador ya que si así no fuera, estaríamos ante un incumplimiento definitivo de la prestación con independencia de la imputabilidad de esta situación a la conducta del deudor. Aunque en el caso concreto y conforme a lo establecido por la norma proyectada no puede apreciarse diferencia si llega a producirse el cumplimiento tardío del asegurador o bien se verifique un incumplimiento total puesto que en ambos casos se pondrán en marcha las consecuencias resarcitorias previstas.

Así, e igualmente, se mantiene que la generación de intereses se producirá por días desde la fecha de declaración del siniestro, una situación que puede ser problemática, bien porque se prolongue a lo largo de diversos días o bien porque sea de especial dificultad su descubrimiento. Es por ello por lo que sigue llamando la atención que la mora se genere desde la fecha señalada, bien se conozca porque se haya comunicado en el plazo previsto, o bien porque se haya procedido a su reclamación por acción directa de los perjudicados, y no se considere propiamente desde el momento en que el asegurador ha incumplido su obligación de pago puntual de la indemnización o, en su caso, de la reposición o reparación del objeto siniestrado, siendo en este supuesto la base inicial del cálculo de los intereses será el importe líquido de tal reposición o reparación.²⁹ De algún modo, se trata de una situación que resulta contradictoria con la consideración de la mora en sentido estricto, ya que se utiliza esta técnica en sentido formal, pero sus efectos sancionatorios tienen lugar respecto de una época en la que todavía, y en sentido estricto, el asegurador no ha entrado en situación de mora³⁰ si lo comparamos con el régimen general de la mora en las obligaciones de naturaleza pecuniaria.

Esta misma línea es la que se ha seguido con las causas de exoneración de responsabilidad para no hacer frente al pago de la indemnización. Tal y como se ha señalado, la entidad aseguradora quedaría exonerada si la falta de pago tiene lugar por una causa justificada o bien que no le fuera imputable, de tal modo que la indemnización no sufriría el incremento previsto en un cincuenta por ciento del interés legal del dinero. El mantenimiento de estos conceptos que exoneran al asegurador,

²⁹ SIERRA NOGUERO, E., “Artículo 21. Intereses moratorios”, monográfico de la *RES* sobre el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, núms. 143-144, 2010, p. 618. Como consecuencia de las dificultades que la fecha prevista por el legislador puede plantear en la práctica es por lo que resulta oportuno tener en cuenta algunas pautas para su determinación. De tal modo que si la producción del suceso dañoso que es objeto de cobertura se prolonga a lo largo de varios días, el que habrá de tenerse en cuenta para la determinación de la situación de mora es el último de ellos. Si, por otro lado, estamos ante un descubrimiento tardío del siniestro por parte del asegurado y la correspondiente tardanza en la comunicación al asegurador, ello puede dar lugar incluso a su consideración como una causa de justificación para evitar la aplicación estricta de este régimen. Vid., SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro... op. cit.*, p. 385.

³⁰ CUÑAT EDO, V., “El nuevo artículo 20 de la ley de contrato de seguro”, *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino F. Duque*, II, Valladolid, 1998, p. 1231, quien además ahonda en la problemática de la falta de comunicación del siniestro por parte del asegurado como consecuencia de disponer el día del siniestro como día inicial determinante de la mora por falta de pago de la indemnización. Por su parte, DE LA CASA, *op. cit.*, p. 173, señala que en este caso no le convencen los argumentos esgrimidos para justificar esta situación en el estímulo del cumplimiento puntual de la obligación de cobertura asumida por el asegurador ni la reiterada invocación de la necesidad de extremar la tutela del asegurado.

ciertamente indeterminados, sin acudir a la teoría general con el caso fortuito y la fuerza mayor como causas de exoneración, motivan la necesidad de seguir interpretando individualmente cada supuesto que se presente en la realidad y cuándo y en qué supuestos la entidad aseguradora se va a ver liberada del pago de los correspondientes intereses moratorios.

Por todas las apreciaciones que se han ido realizando es por lo que se considera que se está ante una ocasión más que propicia para elaborar un régimen jurídico más adecuado de la mora del asegurador, tal vez aproximándole más a la mora de cualquier otro deudor y abordando la problemática que generan las cuestiones mencionadas de una forma más clara que no obligue a remisiones o a interpretaciones diversas. Como se trata de una cuestión que ha planteado importantes y numerosos problemas en la práctica dada su enorme trascendencia económica, tal vez fuera oportuno introducir otros posibles modelos o al menos otras posibilidades que permitan reducir de un modo eficaz la problemática que normalmente ha estado acompañando a este régimen. Se debería establecer un sistema que busque mayor equilibrio entre las partes contratantes a través de un más protagonismo del órgano judicial o del mediador en asuntos civiles y mercantiles como expresamente establece el artículo 582-14 para los seguros de daños, en aquellos supuestos para los que no se lograra un acuerdo en el plazo de cuarenta días.

3. OBLIGACIONES DE RECOMENDABLE INCORPORACIÓN

Si tenemos en cuenta que el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil mantiene de forma casi intacta en su contenido lo dispuesto en la LCS sobre obligaciones del tomador del seguro en relación a la declaración del riesgo y a sus posibles agravaciones, sigue llamando la atención el desequilibrio que se aprecia con las obligaciones de información que corresponden a las compañías de seguros, en las que se considera que reside el conocimiento de la técnica aseguradora y sobre las que no hay menciones en este texto. También es cierto que aunque no se recoja expresamente en el apartado correspondiente, sí hay algunas cuestiones que consideramos merece la pena destacar. Nos referimos a la exigencia de que la póliza contenga las condiciones generales, especiales o particulares, que sean realmente aplicables al contrato que suscriba el tomador con la finalidad de evitar que sea a él a quien corresponda discriminar qué cláusulas le van a resultar aplicables y cuáles no (artículo 581-3, en particular, 3.a). Redundado en la cuestión, se lleva al contenido de la póliza la exigencia de que se identifique completamente la naturaleza del riesgo cubierto, describiendo, de un modo claro, destacado y comprensible, las garantías y coberturas otorgadas en el contrato. Igualmente, respecto a cada una de ellas se deben indicar las exclusiones y limitaciones que les afecten, que además deben estar destacadas tipográficamente (artículo 581-8.2.c). Y se pretende, en todo caso, dar una respuesta satisfactoria al asegurado, al beneficiario e incluso al perjudicado, facilitando la información en la que se van a concretar las razones que van a servir como fundamento para no atender la petición de indemnización.

A pesar de las indicaciones formuladas, no se establece en el texto la imposición al asegurador de un específico deber de información ni precontractual ni puramente contractual. Se echa en falta la configuración de una obligación que verse sobre cuestiones de fundamental importancia en el funcionamiento de un contrato de seguro que son las que además van de permitir al asegurado realizar una adecuada elección de la figura contractual que necesite.³¹ No parece que sea de recibo que se establezcan expresamente obligaciones de asesoramiento profesional para los corredores de seguros y no se haga lo propio con las compañías aseguradoras cuando se celebren los contratos sin la intermediación de aquellos. Esta falta de equilibrio se pone aún más de relieve si se tiene en cuenta el deber que se impone a los asegurados de declarar las circunstancias que rodean al riesgo que se quiere asegurar así como sus posibles agravaciones, así como la facultad de comunicar su disminución.

Y es que no aparece recogido en el Anteproyecto como tampoco lo hacía la propuesta la obligación a cargo del asegurador de proporcionar al asegurado una nota informativa con el contenido que establecía tanto el artículo 8 como el anexo del Anteproyecto de LCS³² y con la que se procedía a llevar a la normativa contractual los aspectos informativos todavía regulados tanto en el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados,³³ como en su Reglamento aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre.

Los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro sí recogen estas obligaciones de información del asegurador, aunque si bien es cierto que el contenido recogido es importante, puede ser considerado insuficiente. Y ello porque el artículo 2:202 se limita a obligar al asegurador en el momento de formalizar el contrato a que advierta al potencial asegurado de las incoherencias que puedan existir entre la cobertura ofrecida y las necesidades de aquel, que sean conocidas o debieran serlo por el asegurador, atendiendo a las concretas circunstancias y a la forma en la que se va a celebrar el contrato de seguro, en particular, si es a través de un mediador. En definitiva, los Principios se limitan a obligar a las entidades a señalar las exclusiones de cobertura de los riesgos que se reflejen en las pólizas de los contratos que puedan afectar a los asegurados, cuando esta obligación debería alcanzar también a asesorar sobre la modalidad de contrato de seguro más adecuada a la situación del asegurado, la elección

³¹ Vid., MUÑOZ PAREDES, op. cit., pp. 352 y 353, quien insiste especialmente en el deber de asesoramiento, antes y durante el contrato, que deben prestar las entidades aseguradoras.

³² PEÑAS MOYANO, M.J., “Relaciones entre la normativa contractual y de supervisión para la protección del asegurado: El deber de Información previa al tomador del seguro”, *Supervisión en Seguros Privados*, Cuñat Edo y Bataller Grau (dirs), Valencia, 2013, pp. 669 y ss.

³³ En el diseño de la reforma en materia de ordenación y supervisión de seguros en la que se trabaja actualmente para llevar a cabo la transposición de la Directiva Solvencia II (Directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y de su ejercicio) continúa recogándose la información precontractual a prestar por el asegurador en el artículo 102 del Anteproyecto de Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras (ALOSSEAR), presentado el 6 de mayo de 2014, y confirmado el 30 de julio. Disponible en:

<http://www.dgsfp.mineco.es/direcciongencral/JuntaConsultiva/Documentos/Borrador%20ALOSSEAR%2030%20de%20julio%20de%202014.pdf>.

Se mantiene, por tanto, inalterada la situación actual.

de las posibilidades que una póliza concreta le permita, orientaciones sobre sumas aseguradas, franquicias, etc.

De igual modo, y como venimos señalando, se considera oportuno que esta obligación de informar no se agote en el momento precontractual, sino que continúe a lo largo de la vida del contrato de seguro, y de forma particular en momentos cruciales del mismo en los que una correcta información permita hacer un uso más correcto de las posibilidades de la figura contractual celebrada. Por otro lado, ello no sería más que la contrapartida, como ya se ha señalado, a la obligación del tomador del seguro de informar al asegurado sobre las posibles agravaciones que se produzcan del riesgo a lo largo de la duración del contrato de seguro.

Debería también resaltarse la ausencia en el texto del Anteproyecto, como tampoco aparece ni en la legislación vigente ni en los Principios, de alguna consecuencia que se apareje al incumplimiento de la obligación correspondiente al asegurador de entregar las condiciones generales del contrato de seguro junto con la proposición³⁴, constatándose también la tardanza en su puesta a disposición del asegurado que se suele producir cuando ya se ha celebrado el contrato. Esta circunstancia obligaría a acudir a normas de naturaleza generalista como las establecidas en el artículo 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, norma que resulta expresamente aplicable al señalarlo el artículo 581-3.2 del Anteproyecto cuando manifiesta que resultarán aplicables a las condiciones generales del contrato de seguro las normas sobre las condiciones generales de la contratación. Esta remisión expresa también debe entenderse realizada a las disposiciones que se contemplan en el Título III del Libro IV que regulan las condiciones generales de la contratación.³⁵

4. CONCLUSIONES

Comenzando con una apreciación de carácter general acerca del proceso de elaboración de este nuevo Código Mercantil, nos gustaría poner de manifiesto que la reordenación de materias que necesariamente también supone esta labor, tendría que llevarse a cabo no sólo con el objetivo de comprimir en un único texto una normativa tan amplia que parece que se le va escapando por los bordes, sino para poner de manifiesto de forma nítida lo que significa: un avance en la elaboración de una regulación jurídica para lograr que sea más completa, más homogénea y adecuada a lo que se regula y, en definitiva, más perfecta.

Y es que desde nuestro punto de vista que no tiene demasiado sentido proceder únicamente a codificar la materia, sin un intento de reordenarla y actualizarla, aprovechando precisamente los cambios tan importantes que normativamente están teniendo lugar. De este modo, obviando lo que sucede en otros ámbitos, si a lo único que se procede es a un cambio de ubicación del régimen jurídico que se establece para

³⁴ Vid., al respecto, BATALLER GRAU, “La reforma de la Ley...”, cit., pp. 224 y 225, muy crítico con este incumplimiento de las entidades aseguradoras que se produce con gran frecuencia en la práctica.

³⁵ TAPIA HERMIDA, “Los contratos de seguro y de mediación...”, cit., p. 30.

la relación contractual del seguro de un texto legal individual a un código de considerables proporciones, el recorrido no es muy largo. Es por ello por lo que se considera muy conveniente aprovechar la etapa de elaboración legislativa hasta la aprobación definitiva del texto para realizar todo los cambios e incorporaciones que sean necesarios, entre los que creemos se sitúan algunos de los aspectos que hemos tratado de apuntar.

Ya, con carácter particular, insistimos en dos ideas básicas respecto a las obligaciones que corresponden al asegurador: por un lado, y en lo que se refiere a su principal obligación, resulta necesario determinar de forma nítida cómo se ha de proceder en caso de siniestro, estableciendo para ello un calendario claro y accesible para el asegurado, que no dé lugar a dudas interpretativas, en particular en materia de procedimientos y plazos de actuación, y que se impida con ello posibles retrasos en el cobro de la indemnización; por otro insistimos en la necesidad de recoger en el texto, aunque sea de forma mínima, una referencia a las obligaciones de información que corresponden a las entidades aseguradoras, antes de la celebración del contrato y durante su existencia.